



## Urteil vom 2. November 2020

---

Besetzung

Richterin Muriel Beck Kadima (Vorsitz),  
Richterin Esther Marti,  
Richter Lorenz Noli,  
Gerichtsschreiberin Janine Sert.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
China (Volksrepublik),  
vertreten durch MLaw Regina Derrer, Rechtsanwältin,  
Caritas Schweiz,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Familienzusammenführung (Beschwerde gegen  
Wiedererwägungsentscheid und Gebührenvorschuss);  
Zwischenverfügung des SEM vom 9. Mai 2018 und  
Verfügung des SEM vom 22. August 2018 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

B.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Beschwerdeführers, ist chinesische Staatsangehörige und seit dem (...) 2011 in der Schweiz als Flüchtling vorläufig aufgenommen.

**B.**

Am (...) 2015 bewilligte das SEM die Einreise des Beschwerdeführers und des gemeinsamen Sohnes C.\_\_\_\_\_ in die Schweiz zwecks Familienvereinigung.

**C.**

Mit Verfügung vom 5. Juli 2017 verneinte das SEM sowohl die originäre als auch die derivative Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers und des Sohnes und lehnte deren Asylgesuche vom 29. April 2015 (inklusive Familienasyl nach Art. 51 Abs. 1 AsylG) ab. Gleichzeitig wurden beide in Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit der Familie nach Art. 44 AsylG in die vorläufige Aufnahme von B.\_\_\_\_\_ einbezogen, weshalb das SEM die Wegweisung aus der Schweiz verfügte, den Vollzug jedoch infolge Unzulässigkeit zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufschob. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**D.**

Am (...) ist der jüngste Sohn des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau zur Welt gekommen und mit Verfügung vom 1. März 2018 in der Schweiz gestützt auf Art. 51 AsylG [SR 142.31] in die Flüchtlingseigenschaft seiner Mutter einbezogen und vorläufig aufgenommen worden.

**E.**

Mit Schreiben vom 6. März 2018 beantragte B.\_\_\_\_\_ den Einbezug des Beschwerdeführers und ihres älteren Sohnes in ihre Flüchtlingseigenschaft.

**F.**

Mit Verfügung vom 11. April 2018 wurde C.\_\_\_\_\_ infolge Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft seiner Mutter als Flüchtling anerkannt. Mit gleichentags erfolgter Verfügung wurde das Gesuch um Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau als Gesuch um Wiedererwägung des Entscheids vom 5. Juli 2017 entgegengenommen und mangels Begründung im Sinne von Art. 111b Abs. 4 AsylG formlos abgeschlossen.

**G.**

Mit Schreiben vom 30. April 2018 erklärte der Beschwerdeführer, sein Gesuch vom 6. März 2018 habe er auf die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Urteil D-3117/2016 vom 17. August 2017 gestützt. Er ersuche um erneute Prüfung seines Gesuchs um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau.

**H.**

Mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2018 qualifizierte das SEM das Gesuch vom 30. April 2018 als Mehrfachgesuch und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Bezahlung eines Gebührevorschusses in der Höhe von Fr. 600.–

Dieser wurde fristgerecht bezahlt.

**I.**

Mit Schreiben vom 25. Mai 2018 hielt der nun vertretene Beschwerdeführer unter anderem fest, beim Gesuch vom 30. April 2018 handle es sich nicht um ein zweites Asylgesuch, da nicht die originäre Flüchtlingseigenschaft in Frage stehe. Vielmehr liege ein qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch vor. Gleichzeitig ersuchte er um Akteneinsicht.

**J.**

Nach gewährter Akteneinsicht reichte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 8. Mai 2018 eine ergänzende Stellungnahme ein.

**K.**

Mit Verfügung vom 22. August 2018 lehnte die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch vom 30. April 2018 ab und stellte die Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 5. Juli 2017 fest. Gleichzeitig wurde eine Gebühr von Fr. 600.– erhoben, die vollumfänglich durch den am 24. Mai 2018 geleisteten Gebührevorschuss gedeckt sei. Ferner hielt sie fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme. Auf die Begründung wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**L.**

Mit Eingabe vom 19. September 2018 erhob der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin dagegen Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau. Es sei festzustellen, dass der Gebührevorschuss zu Unrecht erhoben worden sei und es sei ihm dieser im Falle des Obsiegens zurückzuerstatten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um

Gewährung der aufschiebenden Wirkung und um Erlass vorsorglicher Massnahmen ersucht. Weiter wurde die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses, und die Beiordnung der mandatierten Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin beantragt.

Gleichzeitig wurden die durch die indische Botschaft in Kathmandu (Nepal) ausgestellten Special Entry Permits for people of Tibetan Origin des Beschwerdeführers und seines Sohnes (im Original; bereits in Kopie mit Eingabe vom 12. Juni 2012 im Rahmen des damaligen Familienzusammenführungsgesuchs eingereicht), Aufenthaltsbestätigungen in einem Tibetan New Camp beziehungsweise Tibetan Colony in Dehli (Indien) der Welfare Society of Regional Dokham Chushi Gangdrug, Delhi, vom (...) 2012, der New Aruna Nagar Colony Resident Welfare Association, Delhi, vom (...) 2012, des tibetischen Büro of His Holiness the Dalai Lama, Delhi, vom (...) 2012 (alle im Original; die beiden letztgenannten bereits in Kopie mit Eingabe vom 7. Dezember 2012 im Rahmen des damaligen Familienzusammenführungsgesuchs eingereicht), die Laissez-Passer des Beschwerdeführers und seines Sohnes (in Kopie), sowie Lohnabrechnungen, ein Mietvertrag und Prämienrechnungen der Krankenkasse (in Kopie) zu den Akten gereicht.

#### **M.**

Mit Verfügung vom 26. September 2018 trat das Bundesverwaltungsgericht auf das Gesuch um Anweisung der Vollzugsbehörden, von Vollzugs-handlungen abzusehen, nicht ein. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses, und um amtliche Rechtsverbeiständung wurden gutgeheissen. Der Antrag auf Einsetzung von Frau lic. iur. Isabelle Müller, Caritas Schweiz, als amtliche Rechtsbeiständin wurde abgewiesen und der Beschwerdeführer aufgefordert, innert Frist einen Anwalt oder eine Anwältin zu bezeichnen. Ferner wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung innert Frist eingeladen.

#### **N.**

Mit Eingabe vom 27. September 2018 bezeichnete der Beschwerdeführer Rechtsanwältin MLaw Jana Maletic als amtliche Rechtsbeiständin.

#### **O.**

In seiner Vernehmlassung vom 5. Oktober 2018 führte das SEM aus, dass die Aussagen des Beschwerdeführers zu seiner Herkunft und Biographie

substanzlos und teilweise unplausibel ausgefallen seien, so dass deren Beurteilung keiner weiteren fachlichen Abklärung mehr bedurft habe und auch die Erstellung einer Aktennotiz nicht notwendig gewesen sei. Auch mit den auf Beschwerdeebene eingereichten originalen Dokumenten sei die Identität des Beschwerdeführers nicht gesichert und seine Mitwirkungspflichtverletzung nicht beseitigt. Ferner ergebe sich aus dem Umstand, dass ein Gesetz in einem Fall nicht richtig angewendet worden sei, kein Anspruch darauf, dass in einem anderen Fall ebenfalls abweichend vom Gesetz entschieden werde.

**P.**

Mit Replik vom 25. Oktober 2018 hielt der Beschwerdeführer an den in der Beschwerdeschrift gestellten Begehren sowie deren Begründung vollumfänglich fest.

**Q.**

Mit Verfügung vom 6. November 2018 wurde Rechtsanwältin MLaw Jana Maletic als amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet.

**R.**

Am 10. April 2019 reichte die Rechtsbeiständin eine Beschwerdeergänzung sowie eine aktualisierte Kostennote beim Bundesverwaltungsgericht ein.

**S.**

Mit Schreiben vom 27. Mai 2020 ersuchte Rechtsanwältin Jana Maletic um Entlassung aus dem amtlichen Mandatsverhältnis als Rechtsbeiständin und um Einsetzung von Rechtsanwältin Regina Derrer. In ihrer Eingabe vom 9. Juli 2020 ersuchte Rechtsanwältin Regina Derrer um Neueinsetzung als amtliche Rechtsbeiständin und reichte eine vom Beschwerdeführer unterzeichnete Vollmacht ein.

**T.**

Mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 2020 wurde Rechtsanwältin Jana Maletic aus dem amtlichen Mandatsverhältnis als Rechtsbeiständin entlassen und Rechtsanwältin Regina Derrer dem Beschwerdeführer als neue amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**1.2** Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

**1.3** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und aArt. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **2.**

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden die Fragen, ob hinsichtlich des Einbezugs des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau und der Wegweisung Wiedererwägungsgründe vorliegen sowie ob das SEM mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2018 zu Recht einen Gebührevorschuss erhoben hat (vgl. zur nicht selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung in Bezug auf die Gebührevorschusserhebung im Wiedererwägungsverfahren BVGE 2007/18).

### **3.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

**4.**

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b aAbs. 1 AsylG).

In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung – wie vorliegend – unangefochten blieb – oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde – können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (zum sogenannten "qualifizierten Wiedererwägungsgesuch" vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.).

**5.**

**5.1** In ihrer unangefochten gebliebenen Verfügung vom 5. Juli 2017 führte die Vorinstanz hinsichtlich des Einbezugs des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft der Ehefrau aus, es liege ein besonderer Umstand vor, weil die Familie nicht durch die Flucht getrennt worden sei. Der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft machen können, in China hauptsozialisiert worden zu sein, mithin dort in einer vorbestandenen Familiengemeinschaft mit seiner Ehefrau gelebt zu haben.

**5.2** Zur Begründung seines Wiedererwägungsgesuchs vom 30. April 2018 brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, sein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau stütze sich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3117/2016 vom 17. August 2017, welches nach seinem Asylentscheid vom 5. Juli 2017 ergangen sei, wonach ein Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehegatten auch dann möglich sei, wenn die Ehegemeinschaft nicht bereits im Heimatstaat vorbestanden habe, sondern die Ehe eine Wiederherstellung der bereits zuvor gelebten Beziehung darstelle. Aus den Asylverfahrensakten seiner Ehefrau gehe hervor, dass ihre tibetische Ethnie als unbestritten erachtet und auch ihre chinesische Staatsangehörigkeit bejaht worden sei. Eine Ehe- und Familiengemeinschaft habe bereits zum Zeitpunkt der Einreise- und Aufenthaltsgewährung seiner Ehefrau in der Schweiz bestanden. Sowohl er als auch der gemeinsame Sohn seien von Anfang an als Staatsangehörige der Volksrepublik China registriert worden, was bis heute Geltung habe. Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben habe er davon

ausgehen müssen und können, als chinesischer Staatsangehöriger angesehen zu werden. Ansonsten müsste sowohl im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) als auch in den Ausweisen als Nationalität «unbekannt» stehen. Auch anlässlich der Befragung auf der Schweizer Vertretung in Indien sei er als Tibeter mit chinesischer Staatsangehörigkeit geführt worden. Im Rahmen des Familiennachzugverfahrens habe er Unterlagen eingereicht, welche auf seinen Aufenthalt in Indien seit 2011 hinweisen würden. Die Einreise sei mit einem Special Entry Permit über Nepal erfolgt. Die ebenfalls ins Recht gelegten weiteren Unterlagen seitens der New Aruna Nagar Colony Resident Welfare Association sowie des Bureau of his holiness the Dalai Lama würden konkrete Hinweise darstellen, dass er und sein Sohn als tibetische Flüchtlinge in Indien gelebt hätten. Es sei sehr unwahrscheinlich, dass die beiden aufgrund der kurzen Aufenthaltsdauer die indische Staatsangehörigkeit erlangt hätten. Gleiches gelte auch für einen allenfalls längeren Aufenthalt in Nepal. Der gemeinsame Sohn sei sodann in die Flüchtlingseigenschaft seiner Mutter einbezogen worden. In einem ähnlich gelagerten Fall habe das SEM anders entschieden, weshalb vorliegend aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung ein anderer Entscheid angezeigt sei.

**5.3** Die Vorinstanz begründete ihren Wiedererwägungsentscheid damit, dass der Beschwerdeführer seine geltend gemachte Sozialisierung (in Tibet) nicht habe glaubhaft machen können und durch diese Mitwirkungspflichtverletzung eine Prüfung der Drittstaatenklausel wie auch der Flüchtlingseigenschaft in Bezug auf seinen effektiven Heimatstaat verunmöglicht habe. Die Rechtsfolge davon sei die Ablehnung des Gesuchs um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau wegen Verunmöglichung der Prüfung, ob die Einbezugsvoraussetzungen gegeben seien. Den Kindern werde seine Mitwirkungspflichtverletzung nicht angerechnet, weshalb diese in die Flüchtlingseigenschaft der Mutter einbezogen worden seien. Dass er im ZEMIS als Staatsangehöriger der Volksrepublik China verzeichnet sei, vermöge nichts daran zu ändern, dass er seine behauptete Sozialisierung in der Volksrepublik China nicht habe glaubhaft machen können. Da er bislang keine Identitätsdokumente eingereicht habe, sei seine Identität nicht gesichert. Die eingereichten Special Entry Permits sowie die Unterlagen des New Aruna Nagar Colony Resident Welfare Association und des Bureau of his holiness the Dalai Lama seien Kopien, denen ein verminderter Beweiswert zukomme. Die eingereichten Dokumente würden die Mitwirkungspflichtverletzung nicht zu beseitigen vermögen. Es sei nicht auszuschliessen, dass er sich vor der Einreise nach Indien längere Zeit in einem anderen Staat als der Volksrepublik China, beispielsweise in Nepal,

aufgehalten habe. Ob er seine familiären Beziehungen in seinem Heimatstaat oder einem Drittstaat leben könnte, könne nicht geklärt werden. Aus dem Verweis auf den Ausgang von Asylverfahren anderer Personen, zu denen der Beschwerdeführer keine persönliche Verbindung habe, könne er grundsätzlich nichts für oder gegen sich ableiten. Insgesamt würden keine Gründe vorliegen, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 5. Juli 2017 beseitigen könnten.

Da sein Gesuch vollumfänglich abgewiesen werde, sei eine Gebühr zu erheben, welche mit dem geleisteten Gebührevorschuss vollständig verrechnet werde. Die Erhebung des Kostenvorschusses sei somit gerechtfertigt gewesen.

**5.4** Auf Beschwerdeebene führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, seine Ehefrau habe ihren Rechtsstatus nicht missbräuchlich erworben, weshalb es nicht gerechtfertigt sei, dass er als Ehemann und Vater der gemeinsamen Kinder aufenthaltsrechtlich ungleich geregelt werde, zumal die familienrechtliche Beziehung bereits zum Zeitpunkt der Flüchtlingsanerkennung der Ehefrau Bestand gehabt habe. Der uneinheitliche Rechtsstatus wirke sich nachteilig auf die ganze Familie aus. Alle Familienmitglieder würden als chinesische Staatsangehörige im ZEMIS geführt. Obwohl ihm seitens der Vorinstanz vorgehalten werde, im erstinstanzlichen ordentlichen Asylverfahren seine Mitwirkungsflucht – in Bezug auf die Überprüfung beziehungsweise Anwendung der Drittstaatenregelung – verletzt zu haben, gehe sie offenbar dennoch davon aus, dass er die chinesische Staatsbürgerschaft besitze. Selbst wenn er seine Sozialisation in China nicht glaubhaft machen können, sei damit – mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – noch nicht erwiesen, dass er auch eine andere Staatsangehörigkeit erworben habe. Er sei seiner Mitwirkungspflicht durchaus nachgekommen. Aufgrund der Aktenlage, insbesondere der in Indien der Schweizer Vertretung vorgelegten Dokumente, sei sehr unwahrscheinlich, dass er aufgrund seiner kurzen Aufenthaltsdauer von vier Jahren in Indien die indische Staatsangehörigkeit erlangt habe. Vielmehr lägen konkrete Hinweise dafür vor, dass er während seiner Aufenthaltsdauer in Indien als tibetischer Flüchtling gelebt habe. Selbst wenn er dort bereits mit seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn längere Zeit gelebt hätte, sei es aufgrund der zahlreich vorhandenen Berichte und Länderupdates über die Situation von Tibetern in Indien sehr unwahrscheinlich, dass er eine andere als die chinesische Staatsangehörigkeit erlangt habe. Gleiches gelte auch in Bezug auf einen allenfalls vorgängigen, längeren Aufenthalt in Nepal. Die Wahrscheinlichkeit, dass er

chinesischer Staatsangehöriger sei, selbst wenn er ausserhalb Tibets hauptsozialisiert worden sein sollte, sei sehr gross.

Besässe er eine andere Staatsangehörigkeit als die chinesische, müsste der Familie und insbesondere der originär als Flüchtling anerkannten Ehefrau gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowohl faktisch wie auch rechtlich die Möglichkeit offenstehen, sich in dem entsprechenden Land niederzulassen. Da als mögliche Länder wohl einzig Nepal oder Indien in Frage kämen, wäre ebengerade diese Voraussetzung nicht erfüllt, da weder Nepal noch Indien die Flüchtlingskonvention unterzeichnet hätten.

Beim Beschwerdeführer und seiner Ehefrau handle es sich demnach nicht um ein binationales Ehepaar, womit das Vorliegen eines besonderen Umstandes im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG zu verneinen sei. Ebenso wäre es seiner Ehefrau nicht zuzumuten das Familienleben in einem Land zu leben, welches die Flüchtlingskonvention nicht ratifiziert habe. Er verweist auf die Praxis betreffend Gesuche von eritreischen Staatsangehörigen um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihrer Ehepartner, welche vor ihrer Einreise in die Schweiz jahrelang erwiesener- oder seitens der Behörden vermutetermassen in der Diaspora im Sudan oder Äthiopien gelebt hätten, denen – ohne vertiefte Klärung des dortigen genauen Aufenthaltsstatus – problemlos entsprochen werde.

Die angefochtene Verfügung sei in Verletzung des in Art. 8 BV statuierten Gleichbehandlungsgebots erfolgt, zumal die Vorinstanz in einem ebenfalls von derselben Rechtsvertreterin unterzeichneten Fall, der bis auf ein Sachverhaltselement gleichgelagert gewesen sei, auf Beschwerdeebene ihren Entscheid wiedererwägungsweise revidiert und sowohl den in der Schweiz geborenen Sohn als auch die rechtskräftig abgewiesene Kindsmutter und Lebenspartnerin in die Flüchtlingseigenschaft des in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Vaters respektive Konkubinatspartners einbezogen habe. Die Praxis des SEM scheine diesbezüglich nicht einheitlich.

**5.5** Das SEM führt in seiner Vernehmlassung aus, die Aussagen des Beschwerdeführers, wonach er von Geburt bis zu seiner Ausreise in D. \_\_\_\_\_ gelebt habe, seien offensichtlich unzulänglich und damit derart haltlos ausgefallen, dass deren Beurteilung – in Übereinstimmung mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – keiner weiteren fachlichen Abklärungen mehr bedurft habe. Die Erstellung einer Aktennotiz sei nicht notwendig gewesen, da die Argumentation nicht auf das Unwissen

des Beschwerdeführers auf konkrete Fragen, sondern auf die gänzliche Substanzarmut in seinen Ausführungen und der Unplausibilität gewisser Aussagen abgestellt habe.

Die Identität des Beschwerdeführers sei trotz den auf Beschwerdeebene eingereichten originalen Dokumenten nicht gesichert. Diese vermöchten zudem weder seine Mitwirkungspflichtsverletzung zu beseitigen noch auszuschliessen, dass er sich vor der Einreise nach Indien längere Zeit in einem anderen Staat als der Volksrepublik China, beispielsweise in Nepal, aufgehalten habe.

Ferner bestehe grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Aus dem Umstand, dass ein Gesetz in einem Fall nicht richtig angewendet worden sei, ergebe sich kein Anspruch darauf, dass in einem anderen Fall ebenfalls abweichend vom Gesetz entschieden werde.

**5.6** In seiner Replik hält der Beschwerdeführer dem entgegen, die aus den Verfahrensakten hervorgehenden Darlegungen sowie die ins Recht gelegten Unterlagen hätten entgegen der Einschätzung der Vorinstanz durchaus ein vertieftere Beurteilung der Glaubhaftmachung, mithin auch hinsichtlich der Frage der Hauptsozialisation, zugelassen. Er habe sehr wohl an der Feststellung des Sachverhalts mitgewirkt, auch wenn die geltend gemachten Vorbringen vom SEM in Frage gestellt worden seien. Er habe in Delhi im Rahmen des Familiennachzugsverfahrens Angaben gemacht und Unterlagen eingereicht, welche durchaus Rückschlüsse auf seine Sozialisation zuließen. Es wäre die Pflicht der Vorinstanz gewesen, diese näher zu würdigen. Auch wenn es sich nicht um offizielle Identitätspapiere handle, gäben sie Hinweise auf seinen Status in Indien und einen vorherigen Aufenthalt in Nepal.

Die Vorinstanz habe sich weder zur ratio legis von Art. 51 Abs. 1 AsylG, noch zu den Ausführungen in der Beschwerdeschrift betreffend die Staatsangehörigkeit und Binationalität geäußert. Es sei auf die Argumentation und Begründung in der Beschwerde zu verweisen.

**5.7** In seiner Beschwerdeergänzung verweist der Beschwerdeführer auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, worin das Gericht die Beschwerde einer Tibeterin gegen die Verweigerung des Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft ihres Lebenspartners gutgeheissen habe, da kein Grund bestanden habe, davon auszugehen, dass diese die chinesische Staatsangehörigkeit vermutungsweise doch nicht besitzen könnte.

**6.**

**6.1** Gemäss Art. 51 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Diese Bestimmung ist grundsätzlich auch anwendbar, wenn die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person lediglich vorläufig aufgenommen wurde, sofern sich die einzubeziehenden Angehörigen bereits in der Schweiz aufhalten (vgl. Urteil des BVGer D-2557/2013 vom 26. November 2014 E. 5.5).

**6.2** Nach Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen nur dann ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Dieses Kriterium dient gemäss ständiger Praxis insbesondere dem Zweck, Missbräuche zu verhindern (vgl. Urteil des BVGer E-1683/2013 vom 21. April 2015 E. 6.2.2 m.w.H.). In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wurde in verschiedenen Konstellationen das Vorliegen von besonderen Umständen bejaht. So ist ein Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft namentlich dann ausgeschlossen, wenn die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person ihre Flüchtlingseigenschaft selbst derivativ erworben hat, wenn die eheliche Gemeinschaft während einer längeren Zeit nicht mehr gelebt beziehungsweise aufgegeben wurde oder wenn die in die Flüchtlingseigenschaft einzubeziehende Person eine andere Staatsangehörigkeit besitzt als die als Flüchtling anerkannte Person und die Familie in diesem Staat nicht gefährdet ist (vgl. BVGE 2012/32 E. 5.1). Soll der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Ehepartners aufgrund unterschiedlicher Nationalitäten verweigert werden, ist – in hypothetischer Weise – zu prüfen, ob sich die ganze Familie gegebenenfalls im Heimatland des nicht verfolgten Ehepartners niederlassen könnte (vgl. Urteil des BVGer E-1683/2013 vom 21. April 2015 E. 6.2.4 m.w.H.). Der Einbezug des Ehegatten in die Flüchtlingseigenschaft stellt gemäss der gesetzlichen Konzeption von Art. 51 Abs. 1 AsylG den Regelfall dar. Das Bejahen besonderer Umstände, die einem Einbezug entgegenstehen, ist somit als Ausnahmeklausel zu verstehen und entsprechend restriktiv auszulegen (vgl. Urteil des BVGer D-696/2018 vom 28. Februar 2018 E. 6.2). Die Beweislast für das Vorliegen besonderer Umstände liegt bei den Asylbehörden, wobei die betroffenen Personen eine Mitwirkungspflicht trifft (vgl. Urteil des BVGer E-6677/2014 vom 29. Dezember 2016 E. 4.5).

**6.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Grundsatzurteil (vgl. E-1813/2019 vom 1. Juli 2020, zur Publikation vorgesehen) einen weiteren «besonderen Umstand» definiert, welcher dem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft entgegensteht. Wird das SEM an der Überprüfung gehindert,

ob die um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ersuchende Person eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt als die ihres Familienangehörigen, dem die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, so kann dies einen «besonderen Umstand» darstellen. Dies ist der Fall, wenn die gesuchstellende Person ihre Mitwirkungspflichten im Verfahren betreffend Familienasyl beziehungsweise Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft schwer verletzt. Im Weiteren hat es festgehalten, dass das SEM zwar die Tatsachen und Beweismittel – beziehungsweise die Mitwirkungsverletzung – des ersten, abgeschlossenen Asylverfahrens berücksichtigen könne, jedoch der gesuchstellenden Person im zweiten Verfahren – betreffend Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft beziehungsweise Familienasyl – erneut die Möglichkeit geben müsse, sich zu diesen zu äussern und allenfalls ihre ursprünglichen Aussagen zu ändern. Danach habe das SEM die Gesamtheit der Aussagen der gesuchstellenden Person und alle in den Akten vorhandenen Beweismittel im Hinblick auf die Frage zu würdigen, ob sie ihre Mitwirkungspflicht auch im Verfahren betreffend Familienasyl beziehungsweise Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft (schwer) verletzt habe. Diesen Pflichten ist das SEM im vorliegenden Fall mit der Darlegung der beabsichtigten Würdigung des Sachverhalts im Rahmen der Aufforderung zur Bezahlung eines Gebührevorschusses (Zwischenverfügung vom 9. Mai 2018) und der nachfolgend vorgenommenen Neuurteilung unter Berücksichtigung der am 12. Juni 2018 eingegangenen ergänzenden Stellungnahme nachgekommen. Dem vertretenen Beschwerdeführer dürften die Konsequenzen einer Mitwirkungspflichtverletzung in Bezug auf den Entscheid zum Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft zudem bekannt gewesen sein (vgl. a.a.O. E. 8.3.5).

**6.4** Gemäss obgenanntem Grundsatzurteil geht mit der Verheimlichung des Orts der Hauptsozialisierung nicht zwingend auch die Verheimlichung der Staatsangehörigkeit einher. Die Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers wurde im ordentlichen Verfahren von der Vorinstanz nur implizit in Frage gestellt. Indes hat das SEM in seiner Verfügung vom 5. Juli 2017 – welche unangefochten in Rechtskraft erwuchs – sein Asylgesuch abgelehnt und dabei ausgeführt, es sei ihm nicht gelungen, seine Hauptsozialisierung in der Volksrepublik China glaubhaft zu machen. Mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2981/2012 vom 20. Mai 2014 sei grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Person tibetischer Ethnie, welche unglaubliche Angaben über ihren angeblichen Sozialisierungsraum in der Volksrepublik China mache, eine Aufenthaltsbewilligung oder eine Duldung in einem Drittstaat, oder sogar eine andere Staatsangehörigkeit besitze (vgl. a.a.O. E. 5.8).

**6.5** Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem erwähnten Grundsatzentscheid weiter festgestellt, das SEM berücksichtige im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch das Fehlen von Beweismitteln oder konkreten neuen Anhaltspunkten betreffend die Identität der gesuchstellenden Person, das Fehlen von Beweismitteln betreffend ihren Hauptsozialisationsort, ihre Aussagen im ersten ordentlichen Asylverfahren und im Verfahren betreffend das Familienasyl sowie ihr Verhalten während beider Verfahren im Hinblick auf das Prinzip von Treu und Glauben und den Fairnessgedanken (vgl. E-1813/2019, E. 9.8). Der Beschwerdeführer vermochte zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens Neues vorzubringen und Dokumente oder Unterlagen einzureichen, welche seine Herkunft respektive eine allfällige Unmöglichkeit dieses Nachweises belegen könnten. Es lässt sich somit auch heute weder belegen noch ausschliessen, dass der Beschwerdeführer chinesischer Staatsangehöriger ist, was auf dessen nach wie vor bestehende schwere Verletzung der Mitwirkungspflicht zurückzuführen ist. Somit vermochte er die Einschätzung des SEM im ordentlichen Verfahren, dass er nicht in Tibet hauptsozialisiert worden sei, nicht umzustossen. Wie obenstehend dargelegt, ist das Vorliegen von besonderen Umständen grundsätzlich zwar durch die Asylbehörde zu beweisen und müsste im Fall der Beweislosigkeit zulasten der Vorinstanz entschieden werden. Dies würde im vorliegenden Fall jedoch dazu führen, dass der Beschwerdeführer durch seine mangelhaften Angaben und schwere Mitwirkungspflichtverletzung die Situation der Beweislosigkeit herbeiführen und daraus einen Vorteil ziehen könnte. Durch sein unkooperatives Verhalten wird die Prüfung der Frage, ob er und seine Ehefrau eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit besitzen und ob sich die Familie hypothetisch in seinem allfälligen tatsächlichen Heimatland niederlassen könnte, verunmöglicht. Damit würde er gegenüber Personen, die ihre Herkunft glaubhaft offenlegen und bei denen eine entsprechende Prüfung durchgeführt werden müsste, bevorzugt behandelt. Unter diesen Umständen erweist es sich zwar als unmöglich, in hypothetischer Weise zu prüfen, ob ein Leben der gesamten Familie in einem Drittstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführer möglicherweise besitzt, realisierbar und zumutbar ist. Es wäre jedoch stossend, wenn er sich durch das Verschweigen erheblicher Tatsachen und durch widersprüchliche Angaben gegenüber den schweizerischen Behörden dieser Prüfung entziehen könnte und dadurch gegenüber Gesuchstellenden, die ihrer Mitwirkungspflicht nachkommen, bessergestellt wäre.

**6.6** Nach dem Gesagten ist vorliegend davon auszugehen, dass beim Beschwerdeführer besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG vorliegen, welche einem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau entgegenstehen. Damit ist nicht weiter zu prüfen, ob diese mit ihrem Ehemann in ein Land, welches die Flüchtlingskonvention nicht ratifiziert hat, gehen müsste.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer jederzeit die Möglichkeit hat, seine tatsächliche Herkunft offenzulegen und in der Folge ein neues Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau zu stellen. Dieses könnte von der Vorinstanz dann in Kenntnis aller relevanten Tatsachen geprüft werden.

## **7.**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das SEM das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers betreffend den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau zu Recht abgelehnt hat.

## **8.**

Es bleibt zu prüfen, ob das SEM mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2018 zu Recht einen Gebührenvorschuss erhoben hatte, weil es das Gesuch vom 30. April 2018 als zum vornherein aussichtslos erachtete.

**8.1** Das SEM begründete diesen Entscheid insbesondere damit, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers abgelehnt worden sei, weil er die geltend gemachte Sozialisierung (in Tibet) nicht habe glaubhaft machen können, mithin durch diese Mitwirkungspflichtverletzung eine Prüfung der Anwendung der Drittstaatenklausel beziehungsweise des Vorliegens besonderer Umstände, die gegen den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sprechen könnten, verunmöglicht habe.

**8.2** Wie bereits unter E. 6.5 dargelegt, brachte der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt des vorliegenden vorinstanzlichen Verfahrens Neues vor oder reichte neue Dokumente oder Unterlagen ein, welche seine Herkunft respektive eine allfällige Unmöglichkeit dieses Nachweises hätten belegen können. Damit bestand zum damaligen Zeitpunkt der Eingabe des Beschwerdeführers vom 30. April 2018 für die Vorinstanz am 9. Mai 2018 mangels neuer Beweislage kein Grund nicht von der Aussichtslosigkeit des Gesuchs auszugehen.

Die Erhebung des Gebührenvorschusses durch die Vorinstanz war somit rechtmässig.

**9.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

**10.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Indessen wurde mit Zwischenverfügung vom 26. September 2018 das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutgeheissen, und es ist den Akten nicht zu entnehmen, dass sich seine finanziellen Verhältnisse seither geändert hätten. Demzufolge sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

Mit derselben Verfügung wurde auch das Gesuch um amtliche Verbeiständung gutgeheissen (aArt. 110a Abs. 1 AsylG), Frau lic. iur. Isabelle Müller indes irrtümlicherweise als amtliche Rechtsbeiständin abgewiesen, was hiermit wiedererwägungsweise zu korrigieren ist. Mit Zwischenverfügung vom 6. November 2018 wurde dem Beschwerdeführer Rechtsanwältin Jana Maletic als Rechtsbeiständin bestellt. Sodann wurde mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 2020 neu Rechtsanwältin Regina Derrer als Rechtsbeiständin eingesetzt, welche aber keinen Aufwand hatte. Mit Eingabe vom 10. April 2019 wurde eine aktualisierte Kostennote ins Recht gelegt. Darin wird ein als angemessen zu erachtender Aufwand von insgesamt 8.9 Stunden geltend gemacht, wovon 2.75 Stunden durch Rechtsanwältin Jana Maletic anfielen. Mit derselben Verfügung wurde bereits festgestellt, dass gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der Stundenansatz für das Honorar von amtlich bestellten Rechtsbeiständen, die Rechtsanwälte sind, in der Regel Fr. 200.– bis 220.– beträgt. Für nicht-anwaltliche Rechtsvertretung wird in der Regel von einem Honorar von Fr. 100.– bis 150.– ausgegangen. Das amtliche Honorar für die Rechtsvertreterinnen ist somit auf insgesamt Fr. 1473.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen. Dieser Betrag ist zu Lasten des Gerichts der Caritas Schweiz auszurichten, zumal auch Rechtsanwältin Regina Derrer bei derselben tätig ist.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Der amtlichen Rechtsbeiständin wird zu Lasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1473.-- ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Muriel Beck Kadima

Janine Sert

Versand: